انواع الاستحسان من حيث ماهيته

اولا/ ترجيح قياس خفي على قياس جلي بدليل :

فيقصد بالقياس الجلي ما ظهرت علته وتبادرت إلى الأذهان اما القياس الخفي فيقصد به ما خفيت علته وبعدت عن الافهام .

ويسمى العدول عن القياس الجلي (استحساناً) ويطلق على السبب الذي دفعه إلى العدول (وجه الاستحسان) . ومثال على ذلك دخول المرور والشرب والسيل في وقف الأرض الزراعية

ثانياً / استثناء مسألة جزئية في الحكم من اصل كلي دليلا كان او قاعدة لدليل خاص يقتضي هذا الاستثناء

انواع الاستحسان من حيث مستنده

١- الاستحسان بالنص : هو ما كان النص دليلة سواء كان من الكتاب الكريم او السنة الشريفة مثل اباحة أكل الميتة للمضطر عملاً بقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) وهو حكم يستثنى من الحكم العام الذي قضت به الآية (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) .

٢ - الاستحسان بالاجماع : هو ما يقع باجماع المجتهدين استثناءاً من الدليل العام للحاجة والتيسير على الناس مثل جواز عقد الاستصناع وهو عقد يبرم على صنع شيء معدوم الوجود عند التعاقد والاستثناء من الحكم الوارد في الحديث الشريف الذي ينهي عن بيع المعدوم وقت التعاقد

٣- الاستحسان بالضرورة: وهو الذي يقتضي ضرورات الحياة وحاجات الناس الماسة الحكم به .

مثال ذلك : جواز الشهادة بالسماع ممن رأى في النسب والنكاح والموت دفعاً للحرج الذي يشعر به الناس اذا كلفوا باحضار من رأى فقط استثناء من الحكم العام الثابت بالحديث الشريف (اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع).

٤- الاستحسان بالعرف : وهو ما كان دليله ما يجري عليه الناس في تعاملهم دون مخالفة للاصول الشرعية العامة مثال ذلك جواز وقف المنقول من صلاح وكتب استحسانا لتعامل الناس به

٥- الأستحسان بالمصلحة : ويعني استثناء واقعة من حكم كلي بدافع من مراعاة مصلحة عامة او مصلحة خاصة لفرد لا تتعارض مع مصلحة الجماعة ومن الأمثلة عليه تضمين الخياط او الصانع قيمة ما عهد به اليه من قماش لخاطته او مواد لصنعها او ادوات لتصليحها اذا هلكت او تلفت على نحو لا يعزى لآفة سماوية (قوة قاهرة) يتعذر الاحتراز منها.

٦- الاستحسان بالقياس الخفي : وهو ما يقع عندما يجد نفسه أمام قياسين متعارضين احدهما جلي يتبادر إلى الأذهان ولكنه ضعيف الاثر وثانيهما خفي بعيد عن الافهام ويحتاج تأملا لخفاء علته ولكنه قوي الاثر .

مدى تركيز الأستحسان على مبادئ العدالة :

ان الاستحسان في ماهيته وصوره يهدف إلى تحقيق الخير في صورتيه الفردي والجماعي وذلك بوضع الحلول المنصفة التي تراعي البواعث والحاجات والظروف. والاستحسان يقدم احكاماً عامة عند حدود ما يستلهمه القاضي من مبادئ العدالة في ظل القوانين بمثابة القواعد العامة المجردة ولا يقف الوضعية من حلول معينة لقضايا معينة.

حجية الاستحسان ومقامة بين ادلة الاحكام الشرعية

أن دليل الاستحسان من خلق الفقه الحنفي فاعتبره الاحناف دليلا شرعيا مستقلا من ادلة الأحكام الشرعية

وقد استندوا في رأيهم الى ثلاث حجج :-

١- ثبوت عدول الشارع الأعظم في بعض الجزئيات عن عموم الحكم الخصوصية اقتضت لهذا العدول هي جلب مصلحة او درء مفسدة .

٢- أن الاستمرار في الأخذ بعموم الحكم وباطراد القياس قد يفوت على الناس مصالحهم في بعض الوقائع.

س/ عرف الاستحسان وبين انواعه من حيث ماهيته مستنده ؟

المصالح المرسلة :

عرفت : بانها المصالح التي لم يشرع الشارع حكماً لتحقيقها ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها او الغائها ورأى جمهور العلماء ان احكامها معللة بمصالح العباد اذ هي ترتبط باوصاف ظاهرة مناسبة لما وضعت من اجله وتدور معها وجوداً وعدماً والأوصاف **المناسبة تكون ثلاثة أنواع من حيث اعتبار الشارع لها :**

١- المناسب المؤثر وهو الوصف الذي قام الدليل من الشارع على اعتباره

٢- المناسب الملغي وهو الوصف الي الغاه الشارع بتشريع حكم او احكام على خلاف ما يقتضيه .

٣- المناسب المرسل وهو الوصف الذي لم يشهده الشارع بالغائه او باعتباره.

وهذا التقسيم الثلاثي للوصف يفضي الى تقسيم مماثل للمصالح :-

١- المصالح والمعتبرة هي التي شرع الشارع احكاماً لتحقيقها ودل على اعتبار عللاً لاحكامها كحفظ الدين وحفظ النفس

٢- المصالح الملغاة وهي المصالح التي اهدرها الشارع ولم يعتد بها كمصلحة الانثى في مساواتها بالذكر في الميراث

٣- المصالح المرسلة وهي المصالح التي لم ينص الشارع على اعتبارها او على الغائها ومع ذلك فهي تجلب نفعاً او تدفع ضرراً او ترفع حرجاً .

حجية المصالح المرسلة

أن المصالح المرسلة وان لم يعتد بها جمهور الأصوليين خلافاً لجمهور الفقهاء الذين عولوا عليها في استنباط الأحكام مصدر وافر النفع لانه يحول دون جمود التشريع الإسلامي.

وقد اختلف العلماء في حجبة الأحكام ففريق انكرها وفريق تحمس لها واقام الاحكام عليه .

الفريق الأول / ذهب الى القول بعدم جواز الاحتجاج بالمصالح المرسلة ورأى ان المصلحة التي لم يشهد شاهد شرعي باعتبارها لا يصح بناء الأحكام عليه ومن هذا الفريق الظاهرية وبعض الشافعية

الفريق الثاني : ويضم الموالك والحنابلة وبعض فقهاء المذاهب الاخرى وان الامام الشافعي الذي انكر الاستحسان شرع طائفة من الاحكام على المصلحة المرسلة دون مغالاة وقد تزعم هذا الفريق الامام مالك وساق لدعم رأيه اربع حجج هي:

١- ان مصالح الناي تتجدد وتتغير باختلاف الأحوال والأزمان.

٢ - أن الشريعة ما وضعت الا لتحقيق مصالح الناس.

٣- أن استقرار تشريع الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين يؤكد رعايتهم في تشريع الأحكام المرسلة وبناء الأحكام عليها

٤ - ان القول انها مصلحة تتردد بين المصلحة المعتبرة وبين المصلحة الملغاة ولا سبيل إلى الجزم

بانها معتبرة وفي الحاقها بالمصالح المعتبرة ترجيح بلا مرجح قول يسهل الرد عليه.

شروط العمل بالمصالح المرسلة :

١- أن تكون المصلحة كلية وليست شخصية أي مصلحة عامة لا خاصة .

٢- أن تكون معقولة بذاتها لا تنكرها العقول السليمة ولا تنفر منها النفوس المتجردة عن الهوى

٣- الا تعارض مقصدا من مقاصد الشريعة والا ينافي التشريع المبني عليها حكما يثبت بالنص او بالأجماع .

٤- ان تكون مصلحة حقيقية لا وهمية

العرف :

هو ما اعتاده الناس وساروا عليه في معاملاتهم من قول أو فعل والتزما به .

انواع العرف :

اولاً / من حيث مظهره : عرف قولي – عرف عملي

١- العرف القولي : يعني تعارف الناس على اطلاق لفظ ما لدلالة على معنى معين كتعارفهم على اطلاق لفظ الولد على الذكر دون الانثى.

٢- العرف العملي : هو تعارف الناس على نهج معين في معاملاتهم كتعارفهم على تقسيم المهر الى مقدم ومؤخر.

ثانيا / من حيث شموله : عرف عام - عرف خاص

١- العرف العام : هو ما يعرفه الناس بمختلف فئاتهم ومهنهم في جميع ارجاء البلاد وفي زمن من الأزمنة كتعارف، الناس أن المرأة لا تزف الى زوجها الا بعد استيفاء جزءا من الصداق

٢ - العرف الخاص : هو ما يعرفه أهل البلد دون غيره او يعم اصحاف حرفة أو مهنة دون غيرها في بلد ما كتعارف التجار على اثبات دوينهم على الغير بموجب دفاترهم من غير حاجة الى اشهاد .

ثالثا / من حيث مشروعيته: عرف صحيح - عرف فاسد

١- العرف الصحيح : هو العرف الذي لا يعارض دليلاً شرعياً فلا يبطل واجباً ولا يحل حراماً ولا يحرم حلالا كتعارف الناس على بيع سلعة ما كيلاً او وزناً او عداً.

٢- **العرف الفاسد :** هو ما يتعارض مع الاحكام الشرعية وقواعدها الثابتة كتعارف الناس على التعامل بالربا وتعاطي القمار

شروط العمل بالعرف : يشترط لاعتبار العرف، شرعاً أي لاعتماده دليلا توفر ما يلي :-.

١- تكرار التعامل به بصورة منتظمة غير متقطعة .

٢ - ان يكون موجوداً عند نشوء التصرف لمراد تحكيمه فيه .

٣- عدم وجود شرط صريح بخلافه .

٤- عدم مخالفته اصلا من الأصول الشرعية القطعية .

حجية العرف:

يعتبر العرف الصحيح حجة ودليلا تبنى عليه الأحكام وحجته تقوم على سند من الكتاب والسنة والمصلحة.

وقد استقرت جملة من القواعد الفقهية تؤكد العرف في التشريع والقضاء منها : (المعروف عرفا كالمشروط شرطا) و (الثابت بالعرف كالثابت بالنص).

س/ عرف العرف وما هي اركانه وما هي شروط العمل بالعرف ؟

المصادر التبعية الأخرى وتنقسم الى

قول الصحابي . شرع من قبلنا اسد الذرائع الاستصحاب دليل العقل

اولا / قول الصحابي :

الصحبة تعني الاجتماع لغة وتعني الملازمة عرفاً والصحابي في اصطلاح جمهور الأصوليين من لقي النبي (ص) وآمن به ولازمه ومات على الايمان وحددت (بستة اشهر).

حجية قول الصحابي : اتفق الرأي على الأخذ باقوال الصحابة قبل القياس في حالة :

١- قول الصحابي الذي يضاف الى زمن الرسول (ص) وان لم يرفعه اليه تحرجا من رفع السند

كقوله كنا نفعل كذا أو نقول كذا أمام الرسول (ص) او في حياته لان ذلك يعتبر سنة مروية عن الرسول (ص).

٢- قول الصحابي فيما لا يدرك بالرأي والعقل لأنه لا بد أن يكون قد قاله سماعا عن الرسول (ص) مادام لا محل للرأي والاجتهاد فيه فيعتبر في حكم السنة وان كان قولا للصحابي في ظاهر، وتعتبر فتواه كروايته عن الرسول ومن امثلته ما روي عن ام المؤمنين عائشة أن الحمل لا يمكث في بطن امه اكثر من سنتين .

٣. قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالفة من الصحابة فيمكن اعتباره من قبيل الإجماع السكوتي عند القائلين به .

ورأى جمهور الاصوليين عدم الاعتدال بالنوعين الاتيين من اقوال الصحابة :-

١- قول الصحابي غير المجتهد

٢- قول الصحابي بالرأي فيما تعم به البلوى وما تعم فيه البلوى هو كثر وقوعه في الحياة واحتاج الكثير من الناس الى معرفة حكمه

ثانيا / شرع من قبلنا : يعني الأحكام التكليفية التي وردت في الكتاب والسنة حكاية عن الأمم السابقة ولا يعتد بما نسخه الكتاب والسنة من الأحكام التكليفية التي شرعت للأمم السابقة.

ان الاستدلال بما شرع من قبلنا مآله إلى النصوص الكريمة وانه ليس دليلاً مستقلاً من ادلة الأحكام

الشرعية لان الدليل هو الكتاب والسنة وان ما جاء في الشرائع القديمة من احكام تكليفية ورد ذكرها في

شرعتنا لا تعتبر واجبة الاتباع في حد ذاته وانما تكون جزءاً من الشريعة الاسلامية لانها ثابتة بالدليل

المستفاد من سياق النص الذي اشتمل عليها او من نص اخر.

ثالثا / سد الذرائع : يعني منع الافعال المؤدية الى الفساد أي منع الوسائل المؤدية إلى فعل المحرم

واعطائها حكمه بصرف النظر عن قصد اصحابها

من امثلتها نهي الرسول (ص) عن الاحتكار خشية التضييق على الناس وقد إسس الفقهاء قاعدة عامة هي (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح).

وقد اختلف الفقهاء في حجية سد الذرائع فمنهم يعتبره دليلاً شرعياً ومنهم من لا يعتبره كذلك ومنهم من يلحقه بالمصالح المرسلة .

انواع سد الذرائع بحسب مآلها :.

١- الذرائع التي يترتب على فعلها مفسدة محققة او بغالب الظن اتفق العلماء على منعها كحفر بئر في الطريق العام مع العلم أو الظن بوقوع الناس فيه.

٢- الذرائع التي تترتب المفاسد على فعلها في حالان نادرة اتفق العلماء على اباحتها كاباحة زراعة العنب بالرغم من أن الخمر تستخرج من عصيره.

٣- الذرائع التي يتردد ما يترتب عليها بين النفع والضرر اختلفوا حولها المالكية والحنابلة توسعوا في منعها .

الشافعية والحنفية ضيقوا من سدها وراوا وجوب الموازنة بين نتائجها . فان ترجح جانب أي من

الضرر او النفع عملوا بالراجح من منع او اباحة . وان تساوي الجانبان رجحوا سد الذريعة

اعمالاً للأصل المقرر في القاعدة الفقهية (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح).

رابعا / الاستصحاب : لغة يعني الملازمة أو المصاحبة اما اصطلاحا فيعني الحكم على الشيء في

الحاضر بما كان ثابتا له من حكم في الماضي ما لم يقم دليل بغيره .